

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL PROCESO ARBITRAL DE CONSUMO EN ESPAÑA: INCIDENCIA EN ÉL DE LA LEY 11/2011, DE 20 DE MAYO, DE REFORMA DE LA LEY DE ARBITRAJE

BELÉN IBOLEÓN SALMERÓN

Professora Dra. Derecho Procesal de la Universidad de Granada
Presidente-Arbitro del Colegio Arbitral de la Junta Municipal Arbitral
de Consumo de Granada

EXCERTOS

“No perdamos de vista que nada impide la asistencia judicial para la práctica de pruebas (o para la adopción de medidas necesarias que permitan al árbitro practicarlas por sí mismo)”

“Podemos decir que el arbitraje ad hoc es aquel en el que las partes designan, para un conflicto concreto, a los árbitros o a la persona física o jurídica, no existiendo ninguna institución que administre el sistema -siendo las propias partes las que suministran las normas sobre las que deben actuar y todo lo necesario para la realización del arbitraje”

“La independencia y capacidad de los árbitros, así como la transparencia en su elección, son los principios y condiciones esenciales sobre los que se fundamenta la propia existencia y futuro del arbitraje”

“La especialidad en el arbitraje de consumo consiste en determinar si esta petición corresponde en exclusiva al consumidor—dado el carácter unidireccional que rige a la iniciación del procedimiento arbitral de consumo—, o, si dado que el empresario puede formular reconvenção, este también puede solicitarlas”

“Nos parece relevante señalar que con la nueva reforma se garantiza expresamente el derecho de las partes, de testigos, peritos y terceros, a utilizar el idioma propio cuando desconozca el idioma en el que se desarrollen las actuaciones”

“Parece que el legislador de consumo se ha hecho eco de las opiniones doctrinales, recogiendo esa necesidad de motivación del laudo de equidad en arbitraje de consumo, puesto que en el laudo de derecho ya existía”

I. Introducción

Nos encontramos en épocas de cambios. Las nuevas leyes reformadas comportan, no sin cierta inquietud por nuestra parte, una nueva visión de nuestra sociedad. La competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil, establecida en el artículo 149.1.6ª y 8ª de la CE, hace posible esta segunda reforma de la Ley 60/2003 de Arbitraje, operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado¹ (así como la Ley Orgánica 5/2011, de 20 de mayo, complementaria a la Ley 11/2011, de 20 de mayo, para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dirigida a recoger los órganos de apoyo jurisdiccional del arbitraje, como consecuencia de la reforma de la Ley 11/2011), publicadas ambas en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) el 21 de mayo de 2011, y que entraron en vigor el 10 de junio.

Esta reforma de la Ley de Arbitraje del 2011 incide directamente en el ámbito arbitral y, si bien, no cuenta con modificaciones intensas, es cierto que conlleva una serie de cambios que van a afectar no solo a la Ley de Arbitraje, sino a todos aquellos arbitrajes que tienen a la misma como ley supletoria básica, por ende, al arbitraje de consumo.

De ahí que el presente trabajo también haga referencia a la posible incidencia de la L 11/2011 en lo que al proceso arbitral de consumo se refiere.

II. Especial referencia a la capacidad, responsabilidad e incompatibilidad de los árbitros

Esta reforma aporta a la legislación española un “salto cualitativo” que, de acuerdo con el presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona, TAB, Jesús de Alfonso², es especialmente remarcable en temas como la definición del arbitraje estatutario³, la inclusión del arbitraje en la Administración como modo de solución de conflictos⁴, o la apertura de la administración de arbitrajes a más profesionales jurídicos (además del colectivo de abogados).

Respecto a este último aspecto, debemos resaltar cómo en la regulación anterior se recogía que, en los arbitrajes de derecho, el árbitro debe reunir la condición de abogado en ejercicio⁵ (actualmente se ha cambiado por “condición de jurista”, como explicaremos a continuación) –art. 15 LA/2003–; tal cualidad

no se exige en los arbitrajes de equidad –bastando con que la persona se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, art. 13 LA/2003, que no se modifica en la Ley 11/2011–.

Pero en el arbitraje de consumo, como sabemos, respecto de los árbitros propuestos por la Administración para formar el Colegio Arbitral –que por otra parte, tendrán la condición de presidente del mismo–, recaerán en personas al servicio de la Administración Pública y con el título académico de licenciados en derecho (extremo este, recogido en el art. 17 RDAC/2008, en sede de acreditación de los árbitros⁶; e incluso, en los reglamentos de distintas instituciones o asociaciones arbitrales como la Asociación Europea de Arbitraje “AEADE”, que ya lo recogía de esa manera).

Sin embargo, la nueva redacción del art. 15,1 LA/2003 (operada por la L 11/2011)⁷ está levantando cierto revuelo, en cuanto que ahora se requiere la “condición de jurista” del árbitro que actúe como tal, en los arbitrajes que se resuelvan por un árbitro único y que no se decidan en equidad, y que al menos uno de los árbitros ostente tal “condición de jurista” en aquellos otros arbitrajes que deban ser resueltos por tres o más árbitros.

Igualmente, por otros sectores, se recibe con satisfacción la supresión de la exigencia de la condición de abogado en ejercicio para la tramitación de los arbitrajes en derecho, que se sustituye por el requisito de ostentar la condición de jurista, y que es sensible a la realidad de que existen otros profesionales del mundo del derecho perfectamente capacitados para actuar como árbitros en derecho (catedráticos y profesores de universidad, notarios, ex magistrados etc.) y que no necesariamente están colegiados⁸. Ahora bien, quizá la elección de la “condición de jurista” no sea muy afortunada, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, y hubiera sido mejor referirse a la “condición de licenciado en derecho o equivalente”.

De ahí, que no llegamos a alcanzar el verdadero significado de esta modificación. Porque, si por “condición de jurista” se está señalando como condición necesaria para ser árbitro ser licenciado en derecho estaríamos de acuerdo (porque además es una conducta que se está llevando a cabo en la práctica de los tribunales arbitrales –también para arbitrajes de equidad, caso del arbitraje de consumo–). Ahora bien, si por “jurista” se pretende limitar *strictu sensu* a los estudiosos del Derecho, a los teóricos del derecho, entonces no podemos por menos que discrepar del legislador. Cosa distinta es la necesidad de capacidad demostrada para ser árbitro. Y además nos cuestionamos si ser abogado en ejercicio es incompatible con ser jurista. Obviamente, no.

Nos parece conveniente apuntar en este momento, ya que nos llama poderosamente la atención la introducción *ex novo* por la L 11/2011, del párrafo 2º en el apartado 1 del art. 21 LA/2003, cuando establece expresamente la exigencia de contratación de *un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente*, en la cuantía que se determine, para los árbitros e instituciones arbitrales, exceptuándose de la contratación a las entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las administraciones públicas –art. 21,1 in fine LA/2003– (si bien, exceptúa de ello, al arbitraje de consumo). Y, aunque pensamos que es siempre aconsejable, también creemos que su establecimiento obligatorio por ley suscitará “la tentación” (siempre inconveniente) de la reclamación judicial contra los árbitros. Eso sí, se exceptúan de esta regla los sistemas arbitrales dependientes de las administraciones pública.

Otra cuestión a tener en cuenta es que parece que la actual reforma del 2011, se ha hecho eco de un tema que ya nos parecía conveniente incluir en el art. 38 RDAC/2008, pero que lamentablemente no se incluyó. Estamos haciendo referencia al Proyecto del RDAC, el cual, en su art. 36,4, establecía que “nadie que haya sido designado como mediador podrá intervenir posteriormente en el mismo asunto como árbitro, ni en cualquier otro que tenga relación conexas con él”. Lo que en la práctica de los colegios arbitrales de consumo ya es una realidad. Lamentamos que finalmente no se incluyera este apartado en el actual RDAC, si bien, al introducirse esta *incompatibilidad manifiesta y expresa entre árbitro y mediador* en el mismo conflicto (art. 17. 4 LA en sede de abstención y recusación), también es de aplicación al proceso arbitral de consumo –salvo que esta incompatibilidad sea salvada por acuerdo en contrario de las partes–.

III. Apoyo y control judicial del arbitraje

La Ley 60/2003 encomendaba la función de apoyo judicial del arbitraje (arts. 8 LA y 86 ter. 2 g LOPJ) a los Juzgados de Primera Instancia y a los Juzgados de lo Mercantil.

A partir de la Ley 11/2011, los apartados 1, 4 y 5 del art. 8 LA establecen una pluralidad de fueros competentes asignada de la manera siguiente:

1. Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros: será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; y, de no estar aún

determinado ese Tribunal, la que corresponda al domicilio o residencia de cualquiera de los demandados; y, como criterios supletorios, el del domicilio del actor y/o el de su elección.

2. Para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales: será competente el juzgado de primera instancia del lugar en que se haya dictado el laudo.

3. Para conocer de la acción de anulación del laudo: será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquel se hubiera dictado.

Como dato importante, destaquemos por su novedad, la creación hace más de dos años (desde el 25 de noviembre de 2010 en concreto) del primer Juzgado de España especializado en funciones de apoyo y control del Arbitraje⁹: hablamos del Juzgado de 1ª Instancia 101 de Madrid. Tiene como funciones, entre otras: adopción de medidas cautelares (que soliciten los litigantes), asistencia en la práctica de prueba, ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales y reconocimiento ejecución laudos extranjeros (hasta el 10 de junio de 2011 que entró en vigor la L 11/2011, que reformó esta materia).

Y como ventajas se destacan (incluso por la propia magistrada Pérez Sanz, titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 101 de Madrid): que los temas irán más rápido, que se descargará trabajo al resto de la jurisdicción ordinaria y, por supuesto, que habrá un criterio único, que no unificación; debería unificarse el criterio no sólo para facilitar el trabajo de los tribunales, sino por seguridad jurídica, lo cual nunca está de más.

En cualquier caso, no perdamos de vista que nada impide la asistencia judicial para la práctica de pruebas (o para la adopción de medidas necesarias que permitan al árbitro practicarlas por sí mismo). Ahora bien, esta intervención judicial, debe utilizarse de forma moderada, porque convertirla en algo habitual, sería tanto como reconocer que el proceso arbitral no puede funcionar x sí solo sin el auxilio del Juez y, además, supondría una dilatación del procedimiento arbitral, hasta hacerlo inútil.

IV. Arbitraje institucional

En el RDAC, han de seguirse necesariamente las reglas procedimentales que se prevén en este, siendo el órgano arbitral el director del procedimiento –art. 42,1 RDAC– en atención a que se trata de un arbitraje institucional

–art. 1.2 RDAC–. Por supuesto, ello sin perjuicio de la supletoriedad de la LA/2003.

Ciertamente, el arbitraje de consumo, como ocurre con la mayoría de los arbitrajes especiales que existen, constituye un modelo de arbitraje institucional. Procede, por tanto, distinguir el arbitraje *ad hoc* del arbitraje institucional. De manera muy resumida, podemos decir que el arbitraje *ad hoc* es aquel en el que las partes designan, para un conflicto concreto, a los árbitros o a la persona física o jurídica, no existiendo ninguna institución que administre el sistema –siendo las propias partes las que suministran las normas sobre las que deben actuar y todo lo necesario para la realización del arbitraje–. Mientras que el arbitraje institucional es aquel encomendado a una institución especializada –ya sea de carácter corporativo o asociativo, sin ánimo de lucro–, a la que se encomienda no sólo la designación de los árbitros sino también la administración del arbitraje –art. 14 LA/2003–.

El arbitraje de consumo, como ocurre con la mayoría de los arbitrajes especiales que existen, constituye un modelo de arbitraje institucional

El arbitraje institucional se ve modificado en los siguientes aspectos:

– El art. 14.1 a) LA/2003 incorpora, junto a las corporaciones de derecho público, las entidades públicas, y, se suprime la referencia específica al Tribunal de Defensa de la Competencia.

– Se modifica la letra a) del apartado 1 del art. 14 LA/2003, estableciendo que el desempeño de funciones arbitrales por esos organismos, se seguirá por sus normas reguladoras.

– Se añade un apartado 3, a ese art. 14 LA/2003, que constituye una auténtica declaración de principios, en el sentido de obligar a las instituciones arbitrales a velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia

De todo ello entendemos que la L 11/2011 ha eliminado, por motivos obvios, la mención en el texto anterior al desaparecido Tribunal de Defensa de la Competencia –el citado art. 14, a) LA/2003, en su nueva redacción–.

En el texto reformado, se destaca especialmente (art. 14, 3 LA/2003) el papel y función de las instituciones arbitrales como encargadas de *velar* por la capacidad e independencia de los árbitros y la transparencia en su designación. Es preciso puntualizar que, en la redacción del texto sobre este punto, se eludió la inclusión del verbo “garantizar” y se sustituyó por el de “velar”

entendiendo por tal no solo verbo sino también función. A juicio de Goñi & Co Abogados¹⁰, la independencia y capacidad de los árbitros, así como la transparencia en su elección, son los principios y condiciones esenciales sobre los que se fundamenta la propia existencia y futuro del arbitraje. Las instituciones arbitrales tienen margen suficiente para proponer respuestas y procedimientos eficaces que posibiliten que su actual función *ope legis* de “velar” por la capacidad e independencia de los árbitros y la transparencia en su designación, pase a ser la de garantizarlas plenamente –transformándose de meros veladores en garantes–. Con ello se dará un paso definitivo hacia el futuro de nuestro arbitraje (y como no, también en el de consumo), cuestión toda ella con la que estamos absolutamente de acuerdo.

V. Mantenimiento del arbitraje de equidad

Ciertamente en este tema no tenemos mucha crítica que hacer, porque como bien sabemos, el proceso arbitral de consumo se rige por la regla contraria que el arbitraje común, es decir, en el arbitraje de consumo se decidirá en equidad salvo acuerdo en contrario por las partes¹¹, influenciado todo él por el carácter tuitivo que tiene respecto del consumidor.

Como decimos, el RDAC/2008 sí optó expresamente por el arbitraje de equidad al regular las normas aplicables a la resolución del conflicto de consumo –art. 33,1–. Si bien, tengamos en cuenta que, en cualquier caso, le corresponde al consumidor la decisión última sobre el arbitraje que quiere que se aplique, ya sea porque solicita explícitamente un arbitraje en derecho, o porque acepta tal arbitraje en el supuesto de que el empresario, en la oferta pública de adhesión, hubiera optado por un arbitraje de derecho –art. 34,1 RDAC–; de modo y manera que si el consumidor no está de acuerdo con el arbitraje de derecho propuesto por el empresario, entendemos que la solicitud de arbitraje se tramitará como si la empresa no estuviera adherida –art. 33,1 *in fine* RDAC– (y, consecuentemente, se llevará a cabo en equidad).

Pero advirtamos en este sentido que, uno de los aspectos destacados de la Reforma de la Ley 11/2011 es que mantiene la posibilidad de pactar la cláusula de equidad en los arbitrajes internos, posibilidad que había desaparecido en el proyecto presentado al Congreso. Para Miguel Temboury¹², presidente de la Corte de la Cámara de Comercio de Madrid, la desaparición de dicha posibilidad había causado una honda inquietud en la comunidad arbitral ya que suponía, por un lado, una clara limitación a la autonomía de la voluntad

de las partes de la que, paradójicamente, el arbitraje es uno de los frutos más destacados. Y, por otro lado, eliminaba un sistema de resolución de conflictos de amplia tradición en el ámbito interno, que representa un valioso instrumento para resolver determinadas controversias (como aquellas de marcado carácter técnico), y que en ocasiones puede resultar más adecuado que el arbitraje de derecho en la obtención de una solución justa para el caso.

Además, dicha supresión suponía apartarse del modelo monista que, acertadamente, inspiró nuestra LA/2003, en la que se regula de la misma forma (con algunas pequeñas excepciones) el arbitraje interno y el internacional.

Por último, estamos con Temboury que, ante la falta de disposiciones transitorias relativas a este tema, se planteaba un problema prácticamente irresoluble con las cláusulas de equidad ya pactadas pero aún no activadas: ¿debía entenderse decaído el acuerdo arbitral en equidad? ¿O por el contrario había que entender que dicho acuerdo devenía en acuerdo de arbitraje de derecho? Ninguna de dichas soluciones parecía satisfactoria, y podía dar lugar a graves problemas en la práctica. Por ello, la apuesta del texto finalmente aprobado de mantener el arbitraje de equidad en el ámbito interno es digna de elogio.

El mantenimiento del arbitraje de equidad era una de las principales reivindicaciones de tribunales arbitrales como el de Barcelona o el de Madrid al legislador pues, se considera que, con el arbitraje de equidad se amplía el abanico del ejercicio de la libertad de quien decide no excluir a los tribunales y modular la manera en que quiere ver cómo se decide y con qué bases su conflicto.

Medidas cautelares

No podemos obviar la posibilidad de adopción de medidas cautelares. Tema polémico donde los haya, ya que supuso en la LA/2003 un mayor abundamiento en las facultades de disposición de los árbitros, así como una quiebra del tradicional monopolio jurisdiccional en esta materia. En efecto, entre las novedades más significativas de la citada LA/2003 se erige que la potestad para la adopción de medidas cautelares deja de ser competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales porque se admite también su declaración por los propios árbitros, siempre que no conste acuerdo en contrario por las partes —art. 23 LA/2003—. Por obvio que parezca, queremos resaltar que la eficacia del convenio arbitral no merma cuando las partes acuden a los órganos jurisdiccionales a solicitar medidas cautelares, es decir, no puede considerarse en absoluto esta circunstancia como renuncia tácita al arbitraje¹³.

Se mantiene por la L 11/2011, la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares, expresamente reconocida y regulada como decimos en el art. 23 LA/2003, que no ha sido objeto de modificación alguna en este sentido¹⁴. Sin embargo, una de las modificaciones sustantivas de la última enmienda de 2006 de la Ley Modelo UNCITRAL¹⁵ ha sido la regulación de las medidas cautelares. Posiblemente con su moderación en este aspecto, la Ley 11/2011 ha perdido una oportunidad de avanzar un poco más en nuestra regulación al respecto. No obstante, existen las bases en la LA/2003 y en nuestras normas procesales para desarrollar las directrices del modelo UNCITRAL en materia tan esencial.

Problema añadido, sin embargo, nos encontramos a la hora de analizar la L 11/2011, en cuanto que se añade la posibilidad de solicitud de medidas cautelares *con anterioridad* a las actuaciones arbitrales (art. 722 LEC¹⁶), con la única limitación de acreditar ser parte en un convenio arbitral.

Quizás la rapidez y simplicidad del procedimiento de consumo, haga innecesaria la adopción de MMCC, pero en la hipótesis contraria, nada impide la adopción de las mismas por el Colegio arbitral (o el árbitro único) de consumo. Téngase en cuenta que las dos posibilidades que presenta la exposición de motivos LA/2003 para la adopción de las medidas cautelares –por el juez o por el árbitro–, son alternativas y concurrentes; ello significa que, de elegir un camino, el otro ya no puede utilizarse. En cualquier caso, en lo que al procedimiento arbitral de consumo se refiere, este ofrece algunos matices que han de ser analizados:

– Necesidad de petición expresa de la parte: el consumidor (y, en caso de existir reconvención, obviamente también por el empresario). De todos es sabido que la adopción de medidas cautelares en cualquier procedimiento arbitral requiere la petición expresa de la parte –arts. 11,3 y 23 LA/2003–. La especialidad en el arbitraje de consumo consiste en determinar si esta petición corresponde en exclusiva al consumidor –dado el carácter unidireccional que rige a la iniciación del procedimiento arbitral de consumo–, o, si dado que el empresario puede formular reconvención, este también puede solicitarlas. Por un principio de igualdad nos decantamos por esta última opción; habida cuenta de que en las medidas cautelares *ante causam*, por pura lógica como veremos, solo procederían a instancia del consumidor. Por otra parte, debemos recordar que el empresario en la oferta pública de sometimiento al SAC puede limitar la cuantía o la materia sometidas a arbitraje. Por ello, no encontramos ningún inconveniente para que limite la tutela cautelar a determinadas medidas, e incluso la excluya totalmente¹⁷.

– Teniendo en cuenta que, tanto los jueces como los árbitros –mediando solicitud de parte– pueden adoptar medidas cautelares, tanto con un proceso pendiente como *ante causam*, en el arbitraje de consumo no encontraríamos óbice alguno para llegar a la misma conclusión de que es posible el planteamiento de medidas prearbitrales (sin embargo, nos surgen numerosas dudas al respecto, por cuanto que todavía no hay árbitro designado o no se ha constituido aún el Colegio arbitral –que sería, teóricamente, el momento en el que se viniera a pedir la adopción de medidas cautelares–).

– Teniendo en cuenta que tanto jueces como árbitros pueden adoptarlas tanto en proceso pendiente como *ante causam*, en el arbitraje de consumo no encontramos óbice alguno para plantearlas también. Pero nos surgen numerosas dudas respecto a la posibilidad de que empresario pueda plantearlas *ante causam*, por cuanto que todavía no hay árbitro designado o no se ha compuesto el colegio arbitral¹⁸ (momento en el que se vienen a pedir: 20 días después se formalizaría el arbitraje, y en nuestro caso del arbitraje de consumo, con la solicitud de arbitraje, presentada por el consumidor). De ahí que como hemos indicado, las medidas cautelares *ante causam* solo procederán a instancia del consumidor, por pura lógica.

VI. Sustanciación del procedimiento

En cuanto a la sustanciación del procedimiento arbitral, se articula un nuevo sistema respecto al *idioma* del arbitraje –art. 28. 1 LA–, con el que se incrementan las garantías del procedimiento, al reconocerse la posibilidad de utilizar la lengua propia por las partes, por los testigos y peritos, y por cualesquiera terceras personas que intervengan en el procedimiento arbitral.

Como en el texto anterior se establece como criterio prevalente sobre el idioma o idiomas del arbitraje el del acuerdo de las partes al respecto (art. 28,1). Se suprime sin embargo, como criterio alternativo y a falta de acuerdo, el de la decisión de los árbitros sobre este punto y se sustituye por el del uso “de cualquiera de las lenguas oficiales del lugar donde se desarrollen las actuaciones”.

Sin embargo, nos parece relevante señalar que con la nueva reforma se garantiza expresamente el derecho de las partes, de testigos, peritos y terceros, a utilizar el idioma propio cuando desconozca el idioma en el que se desarrollen las actuaciones.

Si bien, no nos parece muy afortunada, por motivos obvios, la posibilidad de habilitar como intérprete a “cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa de aquella”. Habrá que confiar en el buen criterio de las instituciones, árbitros y partes, para elegir en cada caso el intérprete adecuado. La traducción e interpretación rigurosas son cuestiones de mayor transcendencia de la que pudiera parecer, también en los arbitrajes, y debieran haber merecido una solución más procedente.

VII. Laudo

El laudo siempre será *motivado* según la última reforma de la LA/2003 operada por la L 11/2011 (incluso si es de equidad, porque en el laudo de D^o ya existía esta obligación), lo cual nos parece un tema hartamente positivo y que tenemos que aplaudir por los condicionante de congruencia que ello conlleva. En este sentido y respecto de la *incongruencia extrapetita*, simplemente destacar también como modificación especialmente positiva, la inclusión en el art. 39,1, d) LA/2003 –tras su reforma por la citada L 11/2011–, de la posibilidad de rectificación de la *extralimitación parcial del laudo*¹⁹, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas o no susceptibles de arbitraje.

Barona Vilar²⁰ ya estimaba que “la motivación no solo debería realizarse cuando se decida con sujeción a derecho, sino también cuando se decida en equidad, por cuanto en una sociedad racional y civilizada las decisiones se deben justificar para saber que la solución dada al caso no es fruto de la arbitrariedad, sino de la lógica y la razón. La motivación ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio”.

Parece que el legislador de consumo se ha hecho eco de las opiniones doctrinales, recogiendo esa necesidad de motivación del laudo de equidad en arbitraje de consumo, puesto que en el laudo de derecho ya existía.

Tras la reforma operada por dicha L 11/2011, también se resuelve de forma clara, sencilla y definitiva, la polémica y potenciales situaciones de conflicto derivadas de la interpretación y posible consideración como motivo de nulidad, de la *extemporaneidad del laudo* (no afectando a la eficacia del convenio ni a la validez del laudo).

Se mantienen, tras la reforma operada por la L 11/2011 (art. 37,2 LA/2003), los *mismos plazos* previstos para dictar el laudo: dentro de los

seis meses siguientes a la fecha de la presentación de la contestación o de la fecha de la expiración del plazo para contestar. Se mantiene también la posible prórroga de ese plazo por dos meses más, salvo acuerdo en contrario, mediante decisión motivada de los árbitros.

Hay que destacar, sin embargo, y como especialmente relevante, la modificación y supresión de los dos últimos párrafos del anterior art. 37,2 LA/2003, que se sustituyen por el párrafo final del actual texto y en el que se dispone expresamente: “(...) que la *expiración del plazo* sin que se haya dictado laudo, salvo acuerdo en contrario, no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros como consecuencia de ello”.

Esta modificación nos parece clarificadora y positiva en la medida que resuelve, también de forma sencilla y definitiva, la polémica y las potenciales situaciones de conflicto derivadas de la interpretación y posible consideración, como motivo de nulidad, de la extemporaneidad de los laudos.

Se corrige así, y a nuestro juicio correctamente, lo dispuesto al respecto en la anterior redacción de la LA/2003, que resultaba ciertamente insuficiente, confusa y especialmente desafortunada: el transcurso del plazo determinaba automáticamente la terminación de las actuaciones y el cese de los árbitros, aunque no afectaba a la validez del convenio arbitral²¹.

Cuando haya más de un árbitro, bastará la *firma* de la mayoría de los miembros del colegio arbitral, o solo la de su presidente, para que quede constancia escrita del laudo dictado; pero en el caso de que no se haya firmado el laudo por alguno de los miembros del colegio, deberán manifestarse las razones de la falta de la firma. Se entiende que el laudo consta por escrito, cuando sea accesible su consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. Si bien en nuestro caso de consumo, el art. 47 RDAC, en sede de adopción de decisiones colegiadas regula que: “En caso de que el órgano arbitral esté compuesto por tres árbitros, el laudo arbitral, o cualquier acuerdo o resolución diferentes de la mera ordenación e impulso de las actuaciones arbitrales, se adoptarán por mayoría. Si no existiera acuerdo de la mayoría decidirá el Presidente”

Por último, y en lo que al tema del laudo se refiere, la desaparición del calificativo “firme” del art. 43 LA/2003, desaparece la polémica y

La adopción de medidas cautelares en cualquier procedimiento arbitral requiere la petición expresa de la parte

disquisiciones sobre las diferencias entre el laudo definitivo y el laudo firme y sus distintas naturalezas, características y consecuencias, e incluso entre la firmeza y ejecutabilidad de un laudo o la caducidad de la acción ejecutiva.

Efectivamente, tras la reforma se elimina la confusa dicotomía previa existente en el texto de la LA/2003 entre laudo “definitivo” (del art. 40) y laudo “firme” (del art. 43), estableciéndose con mayor claridad que el laudo produce (siempre y sin necesidad de que sea “firme”) los efectos de cosa juzgada aunque se ejerciten contra él las acciones de anulación, o en su caso, de revisión previstas por la Ley.

Se optó por la supresión del art. 43 LA/2003 del adjetivo “firme” (artículo que rezaba: “el laudo firme produce efectos de cosa juzgada”), pese a la oposición de una muy influyente parte de la doctrina, eliminándose y resolviéndose así, entendemos que de forma clara, adecuada y eficaz, la polémica y disquisiciones sobre las diferencias entre el laudo definitivo y el laudo firme y sus distintas naturalezas, características y consecuencias; e incluso entre la firmeza y ejecutabilidad de un laudo, solventándose de este modo, las siempre indeseables consecuencias de tal ambigüedad.

VIII. Procedimiento de anulación del laudo

Manteniéndose en su práctica totalidad intacto, sin embargo se modifica el apartado 1 del art. 42 en los siguientes aspectos.

La demanda del juicio verbal en que se ejercita la acción de anulación, deberá conformarse a lo establecido en el art. 399 LEC, debiendo acompañarse los documentos justificativos de la pretensión, convenio arbitral y la correspondiente proposición de los medios de prueba. El secretario judicial dará traslado de la demanda para que sea contestada en el plazo de 20 días, acompañada de los documentos justificativos de su oposición y de los medios de prueba de que intente valerse el demandado. De este escrito y sus documentos, se dará traslado al actor para que pueda presentar documentos adicionales o proponer la práctica de prueba correspondiente [art. 42.1.b) según la nueva redacción de la L 11/2011]. Si en los escritos de demanda y contestación no se hubiera solicitado la celebración de vista, o cuando la única prueba sea la de documentos, y estos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, el tribunal dictará sentencia, sin más trámite [nueva redacción del art. 42.1 c) LA].

Notas

¹ Decimos segunda reforma, porque como es sabido, la primera fue la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, cuyo art. 18 vino a modificar los arts. 33.2, 43.1 y 45. 2 y 3 LA.

Se trataba de una reforma externa al sistema arbitral propiamente dicho. Hacía referencia principalmente a cuestiones jurisdiccionales relativas a la asistencia judicial para la práctica de pruebas, al procedimiento de la acción de anulación, a la suspensión, sobreseimiento y reanudación de la ejecución del laudo y a la ejecución forzosa del mismo.

² Referencia Internet: http://www.tab.es/index.php?option=com_content&view=article&id=192%3

³ La Ley 11/2011 también aclara, mediante la inclusión de dos nuevos preceptos en la Ley 60/2003 (art. 11 bis y ter), las dudas existentes en relación con el arbitraje estatutario en las sociedades de capital, como se recoge en el apartado II de su Exposición de Motivos, aunque quizás, de manera deficiente en algunos temas.

Con la modificación se reconoce la posibilidad de arbitraje con los conflictos que en ellas se planteen, y en línea con la seguridad y transparencia que guía la reforma con carácter general, se exige una mayoría legal reforzada para introducir en los estatutos sociales una cláusula de sumisión a arbitraje. Junto a ello también se establece que el sometimiento a arbitraje, de la impugnación de acuerdos societarios, requiere la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral.

Vemos, por tanto, cómo se implanta el convenio arbitral estatutario, según esos artículos: para resolver los conflictos que se presenten en las sociedades de capital. La introducción del convenio arbitral en los estatutos sociales, requerirá el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o a las participaciones en que se divida el capital social (Se suprime así la inicial exigencia de unanimidad y de este modo, con algún inconveniente derivado y en potencial perjuicio de los intereses de las minorías, se facilita y posibilita el arbitraje societario). También se recoge que el sometimiento a arbitraje de la impugnación de acuerdos societarios, requiere la administración y designación de los árbitros por una institución arbitral.

Señalemos que, aparentemente y como modificación sustancial, la reforma establece e impone el arbitraje institucional para los arbitrajes estatutarios de las sociedades mercantiles excluyéndose, en consecuencia, el arbitraje *ad hoc*. Aparentemente, decimos, porque esta imposición se formula de forma y con redacción ciertamente confusa, en el párrafo final del apartado 3 del nuevo art. 11 bis, lo que conllevará seguramente conflictos interpretativos la deficiente formulación técnica del citado artículo.

La anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles, habrán de inscribirse en el Registro Mercantil, y, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil se publicará un extracto (art. 11 ter).

⁴ La DA única de la L 11/2011, regula un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional, para resolver los conflictos internos que tengan la consideración de “controversias jurídicas relevantes”, entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales, sin que pueda acudir a la vía administrativa o jurisdiccional para resolver tales controversias, que será también de aplicación a las controversias que se susciten entre las sociedades mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal, con su Ministerio de tutela, Dirección General de Patrimonio o los organismos y entidades que ostenten la totalidad de su capital social o dotación (salvo que se prevean mecanismos internos de resolución).

Entendiéndose por “controversias jurídicas relevantes”:

- las que puedan generar un elevado número de reclamaciones (con independencia de su cuantía),
- las que tengan una cuantía superior a 300.000 euros,
- y aquellas que, a juicio de una de las partes, sean de esencial relevancia para el interés público.

No obstante se recogen también, como excepción, la relación, descripción y naturaleza, de aquellas controversias a las que no será de aplicación tal procedimiento de resolución.

Se crea a tales efectos resolutive una Comisión Delegada, cuya presidencia ostentará el Ministro de la Presidencia e integrarán asimismo, como miembros natos, el Ministro de Economía y Hacienda y el Ministro de Justicia y cuya secretaría se atribuya al Ministerio de Justicia.

Es fácilmente detectable, a la vista de lo expuesto, que no estamos ante un auténtico arbitraje, sino ante una simple comisión de resolución de conflictos que viene a sustituir al recurso de alzada impropio, en el que los conflictos entre órganos sometidos al ministerio de tutela, son resueltos por el superior jerárquico. En cualquier caso, este nuevo sistema de resolución de conflictos, además de quedar aplazada su aplicación hasta la publicación del correspondiente reglamento, carece de utilidad práctica para los ciudadanos. De ahí que, en una primera aproximación debemos decir que compartimos la opinión de GOÑI en el sentido de que, no nos parece acertada como solución, por cuanto implica de atribución de competencias resolutive al Gobierno de conflictos y controversias en un procedimiento que, aunque probablemente bien regulado y eficaz, poco tiene de arbitraje y para cuya resolución se excluye expresamente la vía administrativa o jurisdiccional (y obviamente la arbitral, en sentido estricto) incrementándose el poder del Ejecutivo en detrimento del Judicial.

Goñi & Co Abogados, Referencia Internet: <http://www.goni-abogados.com/beta/pdfs>

⁵ “Licenciado en derecho” para el arbitraje de consumo, conforme al art. 21.1 *in fine* RDAC/2008: “En los arbitrajes que deban decidirse en derecho, los árbitros designados entre los acreditados a propuesta de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las organizaciones empresariales o profesionales, deberán ser licenciados en derecho”.

⁶ Art. 17 RDAC: “La acreditación de los árbitros para participar en los órganos arbitrales del Sistema Arbitral de Consumo se realizará por el presidente de la Junta Arbitral de Consumo

en la que hayan de intervenir, atendiendo a los requisitos de honorabilidad y cualificación establecidos por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo. *En todo caso, además, los árbitros acreditados a propuesta de la Administración deberán ser licenciados en derecho, ya resuelvan en equidad o en derecho*". (La cursiva es nuestra).

⁷ El art. 15.1 LA/2003 se modifica en el sentido de que, salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando se haya de resolver por **árbitro único**, se requerirá la condición de jurista del árbitro. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que, al menos uno de ellos, tenga la condición de jurista.

⁸ Opinión esta que, como es comprensible, no se comparte por los distintos Colegios de Abogados, por razones obvias.

⁹ Publicado en el BOE núm.310, de 22 de diciembre de 2010.

¹⁰ Goñi & Co, Abogados, (op. cit.).

¹¹ En este sentido, CORDÓN MORENO señala que los árbitros en arbitraje de equidad "no quedan obligados a aplicar exclusivamente normas de derecho de forma rigurosa, sino que están facultados para ello".

CORDÓN MORENO, F., "El arbitraje en el derecho español: interno e internacional", Pamplona, 1995, pág. 49. Cfr. BONACHERA VILLEGAS, R., "Los arbitrajes especiales", Navarra, 2010, págs. 139 a 142.

¹² TEMBOURY REDONDO, M., "Una reforma positiva que necesitará de retoques adicionales para que España sea un referente arbitral", 8/8/2011. Referencia Internet: <http://www.diariouridico.com/arbitraje-y-mediacion-3/opinion-arbitraje/el-nuevo-proyecto-de-reforma-de-la-ley-de-arbitraje-primeras-impresiones.html>

¹³ De hecho, en alguna ocasión la doctrina de las Audiencias Provinciales se había venido manifestando a favor de la adopción también por los órganos jurisdiccionales de medidas cautelares, rechazándose a tal respecto que pudiera afectar al convenio arbitral existente. Así destacamos, la Sentencia AP de Madrid de 20 de noviembre de 1999, ya entonces expresaba: "Desde la perspectiva examinada, ni la existencia de un convenio arbitral obstaculiza la solicitud de medidas cautelares ante los órganos jurisdiccionales, ni la pendencia de una pretensión de esta clase limita o excluye la aptitud de los árbitros de conocer las cuestiones sometidas".

¹⁴ Para todo este tema, vid: IBOLEÓN SALMERÓN, B., "El proceso arbitral: Una perspectiva procesal del arbitraje de consumo", ed. Dykinson, Madrid 2012, págs. 101 a 107.

¹⁵ Recordemos: CAPÍTULO IV A. MEDIDAS CAUTELARES Y ÓRDENES PRELIMINARES

(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

Sección 1. Medidas cautelares

Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de una de ellas, otorgar medidas cautelares.

2) Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

- a) mantenga o restablezca el *status quo* en espera de que se dirima la controversia;
- b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;
- c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o
- d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Artículo 17 A. Condiciones para el otorgamiento de medidas cautelares

1) El solicitante de alguna medida cautelar prevista en los apartados *a)*, *b)* o *c)* del párrafo 2) del artículo 17 deberá convencer al tribunal arbitral de que:

- a) de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y
- b) existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

2) En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado *d)* del párrafo 2) del artículo 17, los requisitos enunciados en los apartados *a)* y *b)* del párrafo 1) del presente artículo sólo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

¹⁶ De hecho, la propia Exposición de Motivos de la L 11/2011, en su apartado IV, recoge que “adicionalmente se modifica el artículo 722 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de permitir solicitar medidas cautelares a quien acredite ser parte en un convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales, posibilitando con ello una mayor compatibilidad entre lo que se establece en materia de arbitraje y en dicha norma”.

¹⁷ Para la posibilidad de renuncia de las partes a la tutela cautelar en el arbitraje ordinario, BARONA VILAR, S., “Medidas cautelares en el arbitraje”, Navarra, 2006, págs. 105 a 155.

¹⁸ En cuanto a la perdurabilidad de las medidas cautelares *ante causam* adoptadas y la determinación del lapso de tiempo en que deberán instarse el procedimiento arbitral, la LEC señala la inaplicación del lapso temporal de 20 días para la interposición de la demanda y su sustitución para los casos de formalización judicial del arbitraje o el arbitraje institucional. En ellos, le corresponde al beneficiario de la medida cautelar solicitada –en nuestro caso el consumidor–, la carga de acreditar ante el Juez la iniciación de los trámites tendentes a la administración del arbitraje. En nuestro arbitraje de consumo estos trámites consisten en la solicitud de arbitraje

presentada por el consumidor ante la JAC, seguida de la aceptación del empresario si no consta oferta pública de sometimiento, o no consta convenio arbitral. Por ello, hemos indicado que las medidas cautelares *ante causam* solo se podrían solicitar a instancia del consumidor.

Vid. SENÉS MOTILLA, C., “La intervención judicial en el arbitraje”, Navarra, 2007, págs. 90 y 91.

¹⁹ Como decimos, se introduce un control a la extralimitación del laudo, junto a la corrección, aclaración y complemento; éstos últimos permanecen con idéntica redacción; los árbitros resolverán las solicitudes de corrección y aclaración en el plazo de 10 días, y sobre la solicitud de complemento y rectificación de la extralimitación, en el plazo de 20 días.

²⁰ Respecto al laudo arbitral vid BARONA VILAR, S., “Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre). Artículo 30”, (Coord. Barona Vilar, S.), Madrid, 2004, pág. 159 y ss.

²¹ Vid. sobre este tema, SIGÜENZA LÓPEZ, J., “La naturaleza de la acción de anulación de laudos arbitrales y su repercusión en materia de costas; la debida imparcialidad de los árbitros; y la posibilidad de que los laudos se subsanen y complementen de oficio”, en Arbitraje. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, 2010, pág. 208 a 215.